

律令の婦人財産權

川 上 多 助

一、緒 言

七世紀の末から八世紀の初めにかけて、わが國は唐の制度によつて組織的の法典の編纂に著手し、近江朝廷令、淨見原朝廷令を経て、大寶元年（西曆七〇一）大寶律令成り、翌年から施行したが、養老二年（同七一八）これを修正して養老律令となし、天平寶字元年（同七五七）から大寶律令を廢して施行した。その法典としての體制を具備することとは、明治の法典編纂以前、全く比類を見ないものであるが、その規定は外國法を繼受するため、わが國情と一致しないところが多く、その研究を職とする明法家は律令の法理とわが國公私の實情とに照して適當なる解釋を下し、施行の圓滑を計つた。

しかし、當時法學の研究が盛んであつたから、法文の解

釋について學者說を異にし、法を適用せんとするものが屢屢その取捨に迷はざるを得なかつたので、これを統一する必要を生じ、天長十年（西曆八三三）政府は學者を會して令義解を編纂し、その據るところを知らしめた。その後、惟宗直本は義解のみならず、廣く諸家の學說を採つて令集解を編纂し、學說の異同を比較對照して、法意を究明するにつとめた。同書に古記、釋云、穴云、朱云として擧ぐるものはこれ等の學說で、義解その他の學說の養老令を説くに反し、古記は大寶令の註釋書であるから最も注意を要するものである。

本稿は律令の規定および學者の解釋によつて、律令における婦人の財産權を研究せんとするもので、學者の解釋には法文の意義を誤るものもないとはいへないが、ここではこれを當時行はれた學說とみなして、婦人の財産權に對す

る思想をうかがふ資料として、その批判には觸れないことにした。

二、婚姻と婦人

令制、婚姻は男十五歳以上、女十三歳以上で許された。その規定は唐令によつたものと思はれる。しかし、大寶二年の戸籍には、十二歳以下で母たる妻があり、十五歳の男で父たるものがあり、また十二歳で妾たるものがあり、令制の結婚年齢はそのまま行はれてはゐなかつた。新見吉治博士が結婚の翌年子が生れたものと假定して、大寶養老の戸籍について調べたところでは、一般に男は二十歳以上、女は十八九歳で結婚したやうであるといふ。(一)

婚姻には豫め一定の親族の承諾を受けることを要した。戸令嫁女の條に左の規定がある。

凡嫁_レ女、皆先由_二祖父母・父母・伯叔父姑・兄弟・外祖父母_一、次及_二舅・從母・從父兄弟_一、若舅・從母・從父兄弟不_二同居共財_一、及無_二此親者_一、並任_二女所_レ欲爲_二婚主_一

婚主はまた主婚といひ、婚姻の成立について責任を負ふもので、その婚姻が違法の場合、婚姻の當事者に責任がなく、婚主だけが罪に問はれることがある。婚姻が當事者の意思に全く任せらるるのは承諾を求むべき法定の親族のな

い場合だけのことで、所要の親族の承諾を受けず結婚するときは、たとひ媒人があつて結婚しても「姦」をもつて論ぜられた。(戸令先姦條朱説)。姦は姦通のことで、姦通したものを妻妾とすることは戸令先姦の條の禁するところ、これを無効とした。嫁女の條の規定は唐令に基づくものであるが、木花佐久夜比賣が邇邇藝能命の求婚に對して、「僕は得_ま白_まさじ、僕が父大山津見神ぞ白_まさむ」といひ、直ちにその返事をしなかつたといふ、古事記の傳ふる古俗と一致するところがある。

また嫁女の條は、女についてだけの規定で、男については定むるところがない。しかし、戸令棄妻の條に、妻を離婚するには先づ祖父母・父母の同意を要する規定があり、嫁女の條の朱説はこれによつて男自由_二己之祖父母・父母_一、次及_二近親_一耳、私案、無_二近親者_一、任_二男所_レ欲爲_二婚主_一也といひ、男も女と同じく、婚姻に先だつて一定の近親の同意を要するものとしてゐる。

婚姻契約が成立すれば女家は男家から聘財を受けた。戸婚律の逸文に、許_レ嫁_レ女、已受_二聘財_一而輒悔者笞五十、注云、聘財、謂一端已上、酒食非といひ、聘財を受けて後、理由なく婚約を悔い、これを破棄するものは罪となつた。酒食を除いて布一端以上を聘財とした。

聘財は古事記雄略卷に都摘杼比つみきひ（妻問）之物とあるもので、天皇が皇后となられた若日下部王にこれを贈られたことが見えてゐる。常陸風土記の筑波峰の囀歌に聘財を得ざるものは兒女とせずといふ俗諺も、聘財は男から女に贈つたものであることを證する。

しかし、聘財は、男家から女家へ贈つたものばかりでなく、女家から男家へ贈るものもあつたであらう。古事記は雄略天皇が直接に若日下部王を訪うたやうに傳へてゐるが、日本書紀では、安康天皇が大泊瀬皇子（雄略天皇）に大草香皇子の妹幡梭皇女を聘へむとして、根使主といふものを大草香皇子のところへ遣はして請はしめ、大草香皇子が恩命を拜受したといふことになつてゐる。そして皇子はその寶とする押木珠縵を根使主に托して献じ、願はくは物軽く賤しといへども納めて信契としたまへといった。書紀の文は大部修飾してゐるやうであるが、聘財の婚約の信契たる意味は明かである。ただかやうな例は皇室または貴族間の風習で、民間でも同様に、女家から男家へ聘財を贈る慣習があつたかどうか、明かな事例を見出すを得ない。しかし、布一端以上といふ程度の聘財ならば、一般に行はれてゐたものと見ても差支ないであらう。

唐令では男女とも聘財を贈ることになつてゐる。しか

も、遺産相續法において、一般の相續分のほかに、未婚の男には聘財の分を與へ、女には男の半分の聘財の分を與ふることになつてゐた。わが律令では、男から女へ聘財を贈つたことは前述の律によつて明かであるが、女から男へ聘財を贈つたことは律令の文に見えてゐない。

しかし、妻が結婚によつて實家から財産をもつて夫家に入つたことは律令制定以前から行はれてをり、物部弓削大連の妹を母とする蘇我蝦夷を皇極天皇二年紀に故因_二母財_一取_二威於世_一といつてゐる例がある。戸令應分の條に妻家所得不_レ在_二分限_一といひ、同棄妻の條に其所_レ齎見在之財（義解に自_二妻家_一將來之財物といふ）とあるものは、この種の財産である。古記（應分條）は女子に遺産相續權のない理由として、大例、女子既從_レ夫、去出嫁之日、裝束不_レ輕といひ、女子を結婚せしむるには多くの經費を要したことが通例であつたやうである。その裝束輕からずといふうちに嫁資として割讓する財産もあつたのであらう。その財産には田宅・資財（動産）のほか、家人・奴婢・牛馬もあつたことが、應分の條、棄妻の條の法文または註釋家の說によつてわかる。唐令にいふところの聘財には、この種の財産をも包括するものと思はるが、安康天皇紀の聘財を結婚の信契とする思想からいへば、わが國ではこの種の聘財は

信契以上のものとすべきである。

記紀の傳ふところは、神代以來夫妻同居することを原則とし、隋書倭國傳は、妻が結婚によつて夫の家に入る風習を載せてゐる。律令も夫妻の同居同籍を原則としてゐるが、その別居別籍を認めないではない。戸令新附の條は、父母國を異にして別居する場合、その子を父母いづれの籍に入るべきかを定めた法文であり、戸令應分の條の釋説は、妻は未_レ率_二來_一夫家_一、或雖_レ未_レ附_一籍、唯號_レ妻而取者皆是といつてゐる。また律令が夫婦の同居同籍を原則とするに拘らず、大寶以來、奈良時代の戸籍・計帳を見るに、夫婦の同居・別居並び行はれ、別籍必ずしも別居を意味しないが、大體兩者相半し、或は別居が同居よりも多いかと思はれるところもある。

子の所屬は、この時代には父系主義を採ることが既に決定してゐるのであるが、新附の條によれば、一身にして父の戸籍と母の戸籍に入るものがあり、これを兩貫といふ。同條はこれを整理せんとするもので、兩貫あるものは本國に従ふを定めとなすといひ、父の國を本國とするのであるから、兩貫あるものは父の貫に従ふことにした。更に穴説によれば、母の貫に附いてゐるものは改めて父の貫に編入することにした。しかし、古記は女子はこの例にあらず、

便に従ふのみといひ、女子は便宜上、母の籍にあることが認められたのである。

また大寶養老の戸籍によると、再婚する婦人が前夫の男女を伴れて後夫と同居する例がある。すなはち前夫の男女は生父の家にとどまらず、母に隨つて後夫の籍に入つて同居したのである。二三の例を舉ぐれば、大寶二年の筑前國嶋郡川邊里の戸籍で、大神部赤麻呂の妻吉備部岐多奈賣は先夫の女卜部比佐豆賣(二三歲)、同伊佐賣(一六歲)を伴れて入籍同居した。卜部は先夫の姓である。同年豊前國仲津郡丁里の戸籍で、秦部宇利の妻春日部咋賣は先夫の男秦部刀良(一四歲)、女同小赤賣(二一歲)とともに入籍同居してゐる。また養老五年下總國倉麻郡意布郷の戸籍で、藤原部黑栖の妻同波眞古賣は先夫の男占部宮麻呂(二〇歲)とともに入籍同居してゐる。

一夫多婦の習俗は魏志の倭人傳に見え、記紀の神代以來傳ふところであるが、多婦の中には正嫡の位にあるものは一人で、皇室では皇后をオホキサキと稱して、他のキサキと區別し、民間でも嫡妻をムカヒメと呼び、首位のメとした。律令はこれを妻妾に別ち、一夫一妻の制を執つて重婚を禁じ、戸婚律は妻あつて更に娶るものは徒一年の刑に處した。しかし、妾を娶ることはその意に任せ、且つ妾の

數にも制限を加へなかつた。

唐の律令では妻妾の地位には懸隔があり、妾は賤隸に比し、これを賣買することも許されてあつた。わが律令では、學者が妾を卑微とか卑色とかいつてゐるに拘らず、儀制令の妾を妻と同じく二等親とするをはじめ、戸令先姪の條の姪通した婦人を後に妻妾とすることを許さない規定等、妻妾を同様に遇するところが多く、また學者の解釋でも、法文に妾の規定のないところに、妻の規定を准用することが少くない。(二) 戸令嫁女の條の結婚に先だち祖父母・父母等近親の承諾を受くべき規定は妾の嫁娶にも通用すべきことは、朱説・穴説の一致する解釋で、これに對する異説がない。妾にも嫁資をもつて嫁ぐものがあり、戸令棄妻の條の、夫の意思によつて妻を離婚するときには、その實家からもつて來た現在の財産を還すべき規定は、義解に妾また同じといひ、釋説・古記また同じ意見である。

日唐の律令の間に、妻妾に關してかやうな差異を生じたのは、わが國古來の一夫多婦の俗が唐の妻妾の觀念をもつて律することのできなかつたためであらうといふことは既に先學の説くところである。(三) 戸令毆妻祖父母父母の條は妻を義絶すべき行爲を定めてゐるが、註釋者の間には、妾に同様な行爲のあつた場合、法文にはないが、妻に准じ

て妾をも義絶すべきことを主張するものもあつたが、同條の古記は、一云、本令妾比_レ賤隸、所以不_レ載、此間妾與_レ妻同體、宜_レ臨時量_二也としてゐる。すなはち唐令(本令)は妾を賤隸に比するから法文に載せないが、わが國では妾と妻と同體であるから、その實情を斟酌して適宜に裁量すべきであるといふのである。

しかし、ムカヒメ・メの古俗を妻と妾とだけでは割り切れないところがあつたと見え、妻の地位に次ぐ次妻といふものを認むるやうになつた。次妻は大寶令にも養老令にもないが、毆妻祖父母父母の條に引く古記に、問、諸條次妻並無_レ文、若爲處分、答、次妻與_レ妻同といひ、喪葬令服紀の條に引く古記には、夫は妻のために三ヶ月の喪に服するが、次妻に對しては妾に對すると同じく無服としてゐる。故に、大寶令の行はれてゐた奈良時代の前期には次妻といふものがあり、その地位、妻妾の間にあつたことがわかる。(四)

大寶二年御野國味蜂間郡春部里の戸籍に左のやうな戸口がある。

下中戸主阿佐麻呂_{年五十七}

嫡子黑麻呂_{年七}

戸主妻國造族財賣_{年六十五}

妾國造族紫賣年卅五
正女

黑麻呂母國造族汗手賣年六十二
次女

この戸籍において汗手賣は嫡子黒麻呂の母でありながら、その父戸主阿佐麻呂の妻とも妾ともいはず、黒麻呂の母とする理由は明かでないが、或は律令の法文になく、従つて戸籍に載せられない次妻の地位にあるものと考へられないだらうか、疑問とする。

なほ大寶二年筑前國川邊里の戸籍に見える次妻、同豊前國丁里の戸籍に見える次妻は、いづれも十八九歳で、十七歳以上二十歳以下を次丁とする令制によつて稱するものであり、妻の地位に次ぐ次妻の意味ではない。

(一) 新見吉治、中古初期に於ける族制(史學雜誌第二十編)

(二) 學者の解釋は妻の規定を妾に及ぼす場合があるが、またこれを別つ場合もある。戸令棄妻の條穴說、同毆妻祖父母の條義解等參照

(三) 三浦周行、法制史の研究(中古の親族法と唐制との比較)、中田薫、法制史論集第一卷(我が太古の婚姻法)

(四) 次妻は中國にもあつた。仁井田陞、支那身分法史には元以後の次妻について述べてゐる。唐以前にもあつたかどうか審かでない。

三、同居共財と婦人財産權

親族の同居共財は、中國で周漢以來家族制度の美風として推奨するところであるが、わが氏族制度においても、恐らく同様な要求があつたであらうと思はれる。わが戸婚律は子孫別籍異財の條において、唐律によつて祖父母父母在、而子孫別籍異財者、徒二年、若祖父母父母令別籍、及以子孫妄繼人後者、徒二年、(子孫不坐)といふ規定を設け、祖父母・父母の在世中に子・孫が別籍異財することを禁じた。また賦役令も唐令によつて、孝子・順孫・義夫・節婦はその門閭に表し、同籍者は悉く課役を免じ、精誠通感するものあらば特に優賞を加へよといふ規定を設けた。門閭に表するといふことは、義解に、たとへばその門および里門に堆を築き勝を立て、孝子の門もしくは里と題するといふやうなことでであると説いてゐるが、わが國の村落に里門といふやうなものがあつたとは思はれない。義夫は、義解に辛威五代同爨、郭雋七世共居の類、義夫なりといつてゐる。同爨は炊食を共同にすること、辛威・郭雋のことは隋書に出てゐる。古記は義夫について、格後勅の其義必須累代同居、一門鬻穆、易衣而出、同爨而食、尊卑有序、財産無私云々といふ句を引いて説明してゐる。

る。要するに、律令は子孫の別籍異財を禁じ、親族の累世同居共財するものを旌表せんとしたのである。

然るに大寶以來の戸籍について見れば、同籍必ずしも同居を意味しないことは三浦周行博士の既に説くところであり、新見博士は逆に別籍必ずしも異居を意味しないことを論證してゐる。また同籍は必ずしも財産の共同を意味するものでなく、同籍異財といふこともあつた。前記戸婚律の子孫別籍異財の條の疏に若祖父母父母令別籍を説いて、但云別籍不云令異財、異財者明其無罪也といひ、異財とするだけで、籍を別にしなければ罪にならなかつたのである。そこで同居共財または同財共居の「同居」「共居」は籍の異同を問はず共同生活を営むもので、名例律の同居の親族の間に罪あるもののあるときこれを隠すことを規定した相隱の條の疏に、同居を説いて同財共居となし、謂同財共居、不限籍之同異、雖非五等以上親並是といひ、獄令傷損於人條の義解にも同居共財者不限親疎といつてゐる。

これによれば同居はすなはち同財を意味するやうであるが、戸令嫁女の條の同居共財は義解、穴説、朱説、ともに同居共財二事可相須也といへば同居必ずしも共財でなかつたのである。令制の戸は必ずしも家ではなく、行政機關

の末端に位し、戸主はその戸口に對して或種の行政上の責任を有した。そして一家で一戸を成すものもあつたが、數家で一戸を成すものもあつた。それで令制の戸を郷戸と稱するに對して、戸主の家以外の家を房戸と稱した。従つて同居といふとき、郷戸としての同居と、房戸としての同居の別が生ずる。獄令資財入官の條の罪止及一房の「房」は房戸の義である。集解の逸文、同條釋說に斬者同居異財者、即斬者物沒官、若同財別房、別房之物沒、若同居共財者、准戸令依均分法、斬者分合沒とあるが、これによれば同居共財、同居異財のほか、一房家だけの同財といふこともあつたのである。

要するに、律令が祖父母父母在世中の別籍を禁じ、親族の同財共居を推奨するに拘らず、當時の實狀においては、一戸を成して居住を共にする親族の間に、財産を共同所有とするものもあつたが、また財産を異にするものもあり、一房だけで財産を共有するものもあつて、一郷戸の戸口が財産を共有するのが常態であつたとは思はれない。恐らく、前代に行はれた家族共産體が既に破綻を生じて、家族各自の所有權の發達せんとする時期に達し、かやうな状態になつたのであらうと思ふ。

これを神龜三年山背國雲上里計帳について見るに、戸主

未詳に奴三、婢一、姉出雲臣針賣に奴三、婢二、妹同都惠都岐に婢一、弟^{目カ}麻呂に奴二があり、房戸主同友足に奴婢各一があつた。なほ戸主未詳の房戸主出雲臣隱加の母同意斐は奴一、婢二をもち、戸主出雲臣千依の弟牛養の母姉賣は奴一をもつてゐた。この兩戸においては、意斐、姉賣を除いては戸主以下奴婢をもつものはなかつた。さらに同じく雲下里計帳について見るに、戸主出雲臣麻呂の奴婢はな
いが、母品遲君虫名賣に奴一、戸主の弟出雲臣乙麻呂に奴一、婢二、同弓麻呂に婢一、その妻同大家賣に奴四、婢七、従父同沙美麻呂に奴一があつた。また戸主出雲臣吉事の房戸（戸主出雲臣馬養）には奴二、婢三があつたが、計帳はその所有者を示してゐない。

奴婢は財産の一種であり、奴婢以外の財産については、戸籍計帳の上に見るを得ないが、これ等の例によつて同居同財を原則とする律令制度の下においても、戸口各自の財産が認められてゐることがわかる。従つて同財の意味は同居者各自の財産を同居者の共同財産とすることなく、雑令の規定によつてこれを家長の管理の下に置くことに解するのが通説となつてゐる。雑令に左の規定がある。

凡家長在、而子孫弟姪等不得_レ輒以_二奴婢雜畜田宅及餘財物_一私自質舉及賣、若不_二相本問_一、違而輒與及買者、

依_レ律科_レ罪

これに對應して戸婚律に同居卑幼私輒用_レ財者、五端答十、五端加_二一等_一、罪止_二杖一百_一といふ規定があり、賊盜律に同居卑幼、將_レ入盜_二己家財物_一者、以_二私輒用_二財物_一論、加_二二等_一といふ規定がある。すなはち子・孫・弟・姪等の卑幼が家長の承諾を経ず奴婢・雜畜・田宅・自餘の財物を質にしたり、利を取つて貸したり、賣ることが禁ぜられてゐたので、戸令戸主の條に引く穴説はこれを要約して家長在而子孫弟姪不得_二私輒自專_一としてゐる。

集解の雑令は缺けてゐるから、その解釋は義解だけに據らざるを得ないので、義解以外の學説を參照することはできない。家長といふ語は戸令に凡戸主皆以_二家長_一爲之と見え、義解は家長を嫡子の意味とし、凡繼嗣之道、正嫡相承、雖有_二伯叔_一、是爲_二傍親_一、故以_二嫡子_一爲_二戸主_一也といつてゐる。然るに雑令の家長については、同じ義解が戸令の嫡子を家長とすると、その義同じからずといひ、祖父伯兄之屬を家長とした。戸令の家長を嫡子とし、雑令の家長を尊長の義に説くことは、義解のみならず、戸令戸主の條に引く穴説もこれを明言し、釋説も同様に解せらるるから、平安時代初期の一致した解釋と見るを得るであらう。

次に雑令家長の條の「私自質舉及賣」は戸婚律の同居卑

幼私輒用^レ財者であり、穴説の私に輒く自專するものであるが、義解はこれを子孫弟姪等、私用^ニ家長物^一、以其爲^ニ質舉^ニ而求^レ利也と説いてゐる。それ故、義解の説によれば、私輒用財は、卑幼が家長たる尊長の承諾を受けず、その特有財産を自專するのでなく、家長の財物を自專することになり、通説のやうに、本條は家長が卑幼の特有財産を管理することを規定したものでなく、卑幼が家長の物を自專することを禁じたことになるのである。それが果して本條の主意であるかどうか疑はざるを得ない。

本條について、三浦博士は雜令の家長も戸令の家長と同じく戸主たるべきものと解すべきで、義解および集解諸家のこれを祖父伯兄之屬、すなはち尊長と解するのは誤であるとしてゐる。そして博士は、一家の財物は、その種類を問はず、すべてこれを管理するものは戸主以外にあるべからずとし、子孫弟姪等一家に同居せるものは、その家の資財は勿論、たとひ自身所有の財産といへども、皆戸主の管理を受くべきであるのに、戸主の承諾を得ないで自專するのは、その行爲犯罪を構成するに價するものであるといつてゐるが、條文の私輒用財を家長の物を自專する意味に解する義解の説については特に言及するところがない。(一)

元來戸令戸主の條も雜令家長の條も唐令に基づき、戸主

の條は、わが令の本注が唐令の逸文に見えないだけであり、家長の條は、唐令にある本注を略し、その末尾の語句を少しく改めたにすぎないで、その他は全く同文である。中田薫博士は日唐兩令を比較し、唐令においては、戸令の家長も雜令の家長と同じく、同居尊長者の第一に在るもので、嫡子に限らず、伯叔等の傍系尊親もまた家長たり得る制であつて、義解および集解の諸家のこれを嫡子に制限したのは、わが國情を斟酌して下した解釋であるとしてゐる。すなはち、唐の家は同居親族の共産團體であるから、その家長には家族を統率し共産を管理する能力あるものを要したが、わが國の家は唐のやうな共産的家でなく、従つてその家長も共産管理の能力を必要とせず、始祖の正嫡たるものが家を繼ぐ慣習であつたといふのである。また雜令の卑幼の私輒用を禁じた財物も、中田博士の見解に従へば、唐令では一家の財産は同居尊長卑幼間の共産であるが、わが令で義解がこれを家長の物としたのは、わが國の家が非共産であるから、唐令の解釋をそのままわが令に襲用することを許さないため、同居卑幼が家長の所有物を家長に無斷で質・舉・賣を禁止する意味の規定と變化したものであるといふ。(二)

わが令の制定者が唐律の同居卑幼の條とともに唐令の家

長の條の規定を襲用したのは、中田博士の説くやうに日本と唐で家の性質を異にするにしても、わが國でもまた唐に倣つて同居の尊長をして卑幼の財産を管理せしめんとする精神から出たことは疑ない。事實において戸主が一家の最高尊長であることが多かつたであらうが、戸主は戸令の規定によつて嫡子がその地位に就くので、最高尊長者でない場合もあつたわけである。令の制定者が卑幼の財産の管理權を戸主に限らず、一家の最高尊長者に與へんとしたものと解すれば、義解の家長を尊長とする解釋は成立するところと思ふ。また卑幼の私輒用を禁じた財物を義解は「家長物」としたのであるが、これを家長所有の物と解すれば、尊長をして卑幼の財産を管理せしめんとした本條の主旨を沒却することとなるので、他に適當な解釋を求むべきであらうと思ふ。(三)

奈良時代の賣券を見るに、賣主單獨で署名するものもあるが、その尊長と見るべきものの連署するものがある。天平十九年十二月二十二日の婢二人の賣券（正倉院文書）には、「專沽人」息長真人眞野賣とともに眞野賣の戸主堅井國足が連署し、天平二十年十月二十一日の大原真人櫛上の奴婢賣券（中村文書）には、「賤主」櫛上とともに櫛上の戸主大原真人今城が「證」として署名してゐる。雜令の規

定からいへば、これ等の場合、戸主はまた家長でもあつたと解せられる。戸主が家長でもあるときには、その所有財産を賣るのに連署を要する尊長はないわけであり、大日本古文書に收むる奈良時代の土地の賣券は、多く賣主單獨で署名してゐるが、これ等の例にあつては賣主が戸主であつたものと見られよう。然るに天平二十年十一月十九日の舍宅墾田の賣券（正倉院文書）には、その地主たる戸主小治田藤麻呂とともに祖母池田宅持賣、姑小治田比賣等咩が連署してゐるのは、尊長者として祖母・姑が署名したものと解せられる。

更に同居共財における婦人の財産權を見るに、戸籍計帳その他の史料によつて戸主の妻・母が奴婢を所有するものあつたことが知らるるが、戸令嫁女の條によれば、未婚の女子も同居共財の權にあづかるものがあつたことがわかる。すなはち女を嫁するには祖父母・父母・伯叔父姑・兄弟・外祖父母の承諾を得なければならぬのであるが、これ等の親族がなければ、舅（母の兄弟）・從母（母の姉妹）・從父兄弟の承諾を求むるのである。しかし、その舅・從母・從父兄弟は嫁すべき女子と同居共財たることを要するので、舅以下の姻族があつても、同居共財でなければ、その承諾を求めず、任意に婚主を立てて結婚することができた

のである。この場合、女子は母の家にあつて舅・從母・從父兄弟と共財の關係にあるものである。これによつてまた父と同居する女子にも父の親族と同様な共財關係にあるもののあつたことが推定されるわけである。

律令の註釋家の間には同居共財の精神によつて夫婦同財、父子同財または母子同財の原則が説かれた。そのため妻が結婚によつて實家から夫家へもつて來た財物、すなはち戸令應分の條のいはゆる「妻家所得」は、夫婦同財によつて夫の物となり、更に父子同財により、轉じて夫の父の物となつた。妻家所得を説く釋說に、假有_レ婦隨_レ夫之日、將_ニ奴婢牛馬並財物等_一、寄_ニ從夫家_一、夫婦同財故、婦物爲_ニ夫物_一、夫亦有_レ父、父子同財、因轉爲_ニ舅物_一といふのはそれである。古記にも自_ニ妻父母家_一將來婢有_レ子亦還、不_レ入_ニ夫家奴婢之例_一、財物亦同といつてゐる。妻家所得が夫物となり舅物となつても、妻の特有財産たる性質は認められ、その所有權は妻にあつて、夫や舅はその管理權を有するにすぎない。それ故、舅が死んで遺産を分配するとき、妻家所得を遺産として分配することはできなかつた。(戸令應分の條)。また妻を離婚するときには、妻家所得は現在の狀態でこれを還さなければならなかつた。(戸令棄妻の條)。現在の狀態で還すのであるから、嫁資の婢・牛・馬

がその間に子を産んでゐたならば、その子をも合はせて還さねばならなかつた。古記・義解の說によれば、この妻の嫁資に關する規定は妾の嫁資にも准用された。母子同財の原則は恐らく多くの場合父の死後に行はれたものであらう。戸令應分の條「兄弟亡者子承_ニ父分_一」の義解に、子が父の相續分を受け、父の妻妾がをれば、これを遺産分配法によつて妻妾に分配するが、但於_レ法母子無_ニ異財之理_一、即分得之後、各當_ニ同財_一といつてゐる。ただここに注意すべきことは、夫婦同財といつたところが、夫婦の同居を前提としてのこと、夫婦が別居してをれば、夫婦同財は事實において行はれないであらう。

婦人が最も自由に財産を處分することのできるのは戸主となつた場合であらう。女戸主ができるのは、第一に一戸の男が死亡して女だけが遺つたときで、戸令爲_ニ戸の條_一の朱説は、律有_ニ女戸_一者、戸内男皆死亡無_レ男時、自成_ニ女戸_一耳といつてゐる。言換へれば、戸の内に一人でも男があれば女戸は成立しないのである。

次に同條によつて寡妻妾(寡婦)で戸主たるに堪へ得るものは分家して戸主となることができた。戸主たるに堪へ得るや否やを明かにする標準はなく、古記は臨時准量耳といつてゐる。また古記はこの條を説いて寡婦、謂_ニ婦女耳_一、

不_レ必待_二五十以上_一也といつてゐるのは、何の意味か解するに苦しむが、或は寡妻妾でなくとも、また五十歳にならないでも、戸主たるに堪へ得る資格あるものは分家することとを許すといふことだらうかと思ふ。さうだとすれば、五十歳は一般に婦人が戸主たるに堪へ得る年齢とせられたのであらう。婦人の五十歳といふ年齢については、養子縁組のことを規定した戸令聽養の條にも、法文には養父母の年齢を規定してゐないに拘らず、これを解する朱説に、雖_二妻年少_一、夫六十一以上者、聽_二養子_一也、…但雖_二夫少_一、妻年五十以上者、亦取_二養子_一耳といひ、妻が五十歳以上になれば、夫が若くとも、夫婦合議の上、法定の條件によつて養子を取ることができるとしてゐる。恐らくは當時行はれた慣習によつて説いたものであらう。

次に戸主は皆家長（嫡子）をもつて爲すといふのが戸令の規定であるが、その家長たる嫡子が幼少その他の理由で戸主たるに堪へないときに、代つて戸主となるべきものについて、律令學者の間に異論があつた。古記は父が嫡子を定めないで死亡しても、母があれば母を戸主とすといひ、別に法によつて嫡子を定め戸主とする一説を擧げてゐるが、その一説でも、嫡子が幼弱であれば母を戸主とするとしてゐる。釋説もかやうな場合には母を戸主とすることに

おいて古記と一致し、嫡子の年齢が戸主たるに適するに至れば、戸主を立替ふべしとしてゐる。しかし、今説として、かやうな場合には、戸主たる能力がなくとも嫡子を戸主とし、「相代行事人」を置くべしといひ、すなはち後世の後見人に類するものが置かるやうになつた。

終りに婦人が家長として家族の財産を管理する権利が認められたかどうか。雜令の家長が戸令の家長と同じく戸主であるとしても、また義解によつて祖父伯兄の屬とするとしても、男についていふのであるから、女が家長となることはないわけである。しかし、戸主たるべきものが幼少なときは母が戸主となることができ、前に引いた正倉院文書の如く戸主の賣券に祖母が姑とともに連署する例があるのであるから、慣習上、男に適當な同居親族のないとき、女が家長となり得ることも全く否定することはできないやうに思はれる。殊に推古天皇以降、八代の女帝を數へるこの時代の皇位繼承の例からいつても、かやうな場合、婦人を無能力者として排斥する考へ方は當時無かつたでないかと思ふ。

(一) 三浦周行、法制史の研究（古代親族法）二九六頁

(二) 中田薫、法制史論集第三卷（唐宋時代の家族共產制）一三五頁

(三) 大寶二年筑前國川邊里の戸籍に見える戸主未詳の戸は奴婢を除いて八三口の里中第一の大家族である。戸口の總計に八位のもの一口あるが、恐らく戸主の位階であらう。その奴婢は三七口で、戸主奴婢十口、戸主母奴婢八口、戸主私奴婢十八口、外一口である。戸主私奴婢に對する戸主奴婢はその家の世襲財産として戸主に屬したものと見られないであらうか。集解戸令應分の條に引く古記に、問、亡者處分用不、答、證驗分明者依處分耳、一云、己身之時物者得_レ分也、從祖父時_二承繼、宅家人奴婢者、不_レ合_レ依_レ令耳、唯身存日費用不_レ障、臨_レ死者不_レ合_レとあるが、前記の「戸主奴婢」はこの「從祖父時_二承繼、宅家人奴婢」といふものに當るでなからうか。これを管理すべきものが家長とすれば、義解のいふ「家長物」といふのはこの種の財物でなからうかと思はれる。もしこれによつて戸主家族の特有財産以外に、家産といふもののあつたことが想定されるとすれば、戸令應分の條の氏賤が氏の財産として氏宗(氏上)の管理に屬し、氏宗は古記(繼嗣令繼嗣條集解)に嫡庶を論ぜずといひ、必ずしも戸主でなかつたことなど、雜令の家長の地位、その家産に對する關係は、氏宗の地位、氏の財産に對する關係と類似するところがある。臆說にすぎないが、記して大方の示教を請ふものである。

四、婦人の遺産相續權

戸令應分の條は遺産の分配法を定めた條文で、そこに女子・妻・母として相續分の規定を見ることが出来る。同條は、大寶令が唐令に基づいて規定を設け、養老令が修正を加へたものであるが、大寶令や唐令は現在わづかに逸文を傳へるだけで、その全形を見るを得ない。しかし、中田博士がそれ等の逸文によつて復原したものであるので、これによつて唐令から養老令に至るまでの變遷を明かにすることが出来る。(一)比較對照の便を計り、まづその全文を左に擧げることとする。

唐令戸令應分の條

諸應_レ分田宅及財物者、兄弟均分、○注 妻家所得之財、不_レ在_二分限_一、(妻雖_二亡沒_一、所_レ有資財及奴婢、妻家並不_レ得_二追理_一、兄弟亡者、子承_二父分_一、(繼絕亦同)、兄弟俱亡、則諸子均分、(其父祖永業田及賜田亦均分、口分田即准_二丁中老小法_一、若田少者亦依_二此法_一爲_レ分)、其未_レ娶妻者、別與_二聘財_一、姑姊妹在_レ室者、減_二男聘財之半_一、寡妻無_レ男者承_二夫分_一、若夫兄弟皆亡、同_二一子之分_一、(有_レ男者不_レ別得_二分_一、謂、在_二夫家_一守_レ志者、若改適、其見在部曲奴婢田宅不_レ得_二費用_一、皆應_レ分人均分)

大寶令戸令應分の條

應_レ分者、宅及家人奴婢並入_二嫡子_一（其奴婢等、嫡子隨_レ狀分者聽）、財物半分、一分庶子均分、妻家所得奴婢不_レ在_二分限_一、（還_二於本宗_一）、兄弟亡者、子承_二父分_一、兄弟俱亡、則諸子均分、寡妻無_レ男、承_二夫分_一、（若夫兄弟皆亡、各同_二一子之分_一、有_レ子無_レ子等、謂在_二夫家_一守_レ志者）

養老令戸令應分の條

凡應_レ分者、家人奴婢、（氏賤不_レ在_二此限_一）、田宅資財、（其功田功封唯入_二男女_一）、總計作_レ法、嫡母繼母及嫡子各二分、（妾同_二女子之分_一）、庶子一分、妻家所得不_レ在_二分限_一、兄弟亡者、子承_二父分_一、（養子亦同）、兄弟俱亡、則諸子均分、其姑姊妹在_レ室者、各減_二男子之半_一、（雖_二既出嫁_一、未_レ經_二分財_一者亦同）、寡妻妾無_レ男者、承_二夫分_一、（女分同_レ上、若夫兄弟皆亡、各同_二一子之分_一、有_レ男無_レ男等、謂在_二夫家_一守_レ志者）、若欲_二同財共居_一、及亡人存日處分、證據灼然者、不_レ用_二此令_一、

右同じく遺產相續法を規定した條文であるが、養老令の末尾の若欲同財共居以下の句は、その分配法の行はるる範圍を限定したものである。すなはち相續權を有するものが同財共居を希望する場合、また被相續人が生前遺產の處分を定めておいた場合には、この分配法は適用されないので

ある。このことは前記大寶令の逸文に見えないが、大寶令の註釋書たる古記に、特に死者の處分用ふるや否やといふ問を起し、證據分明ならば處分によるべきことを答ふところを見れば、これに相當する句はもと大寶令にはなかつたのであらう。しかし、分明なる證據があれば、死者の遺言は守らるべきものと考へられてゐたのであるから、養老令はその主意を法文化したものだといはれよう。古記はまた夫が在世中に妻妾のために別に家を造り與へ、奴婢を分けておけば、嫡子といへども認め寛むるを得ずといつてゐる。故に死者の遺言のなかつた場合、またその證據の十分な場合、應分の條の規定によつて遺產を處分することになるのである。

分配すべき遺產は、養老令は家人および奴婢・田宅・資財とし、唐令も田宅・財物とするに拘らず、大寶令は宅・家人および奴婢・財物とし、田を分配遺產の中に擧げてゐない。そして古記は位田・賜田・功田・新墾田・園圃・桑漆等若爲處分といふ問に答へて、法_二主命_一隨_レ宜處分、不_レ同_二財物_一といつてゐる。蓋し大寶令では田は特別の處分を要するものとした。また唐令が田宅資財を兄弟に均分せしむるに拘らず、大寶令の分配法は宅と家人および奴婢の全部を嫡子の相續分とし、財物は二分して、半分は嫡子に傳

へ、半分を庶子の間に均分せしめた。令制では嫡子は家の相續人で、嫡子以外の子を庶子とするので、庶子とはいつても庶出の子とは限らない。唐令が田宅財物を兄弟の均分としたるに比較すれば、大寶令の嫡子の相續分は甚だ大なることになるのであるが、その制定者はわが國俗を參酌して、嫡子にかやうな相續分を與へることにしたのであらう。

大寶令は、かくの如く遺産の財物は嫡子庶子の間に分配せしめたが、嫡子、庶子、ともに男子であるから、女子にはその相續権がないのである。その上、大寶令は唐令の姉妹在室者の項を削除したので、女子の相續分は全くなくなつてしまつたのである。古記は女子に分法のない理由として、前述のやうに嫁装に多大の費用を要することを挙げ、未だ結婚しないで家にをるものには相續分を與へなければならぬとし、宜依新選與男子之半、以充嫁装、出嫁還來、更不令分也といつてゐる。新選は既に改定はできてゐたが、未だ實施するに至らなかつた養老令であらう。また古記の一説は、女子には分法が無いから、嫡子が扶養するものとし、結婚しても離縁して還つて來れば、嫡子がこれを扶養すべきものとした。すなはち嫡子の相續分は著しく大きい、その反面において、嫡子は慣習として

父の妻妾・女子の扶養の義務を負擔してゐたのである。大寶令が唐令の姉妹在室者の項を削除したのも、その嫁装を調へることが、慣習的に嫡子の義務として認められてゐた事情を斟酌した結果であらうと思ふ。

養老令の分配法は大寶令の規定を大幅に修正し、家人奴婢・田宅・資財のうち、氏賤・功田・功封を控除し、殘餘の財産を一定の分法によつて分配することにした。

賤民の處分については、大寶令にも其奴婢等、嫡子隨_レ狀分者聽といふ本注があり、嫡子は遺言狀によつてその奴婢を配分することができたが、これをもつて嫡子の意思を束縛するものと考へない學者もあつた。養老令は氏賤不在_ニ此限として、一般遺産のうちから氏賤を控除した。氏賤は氏に屬するもので、氏上がこれを管理した。被相續人たる死者（律令學者はこれを財主といふ）が氏賤をもつてゐたとすれば、その氏上として管理してゐたので、當然遺産として家族に分配すべきものでなく、轉じて次の氏上の家に入るべきものである。

功田は勳功によつて給はる田地、功封は勳功によつて給はる封戸である。律令では私人に給はる田地は子孫に傳へることを許さないのであるが、功田だけは、上功は三世に傳へ、中功は二世に傳へ、下功は子に傳へ、大功に限つて

制限なく永久に子孫に傳ふことを許した。功封は、大功は半減して三世に傳へ、上功は三分の二を減じて二世に傳へ、中功は四分の三を減じて子に傳へ、下功はその一身にとどめ、子に傳へることを許さなかつた。養老令は、功田功封は財物の法によらず、嫡庶を論ぜず、男女子間にのみ分つものとした。義解は養老令を本文とするから、田令功田の條において、下功傳_レ子を説いて男女同じとしてゐるが、大寶令は子を男子の意味に限り、女子の功田相續を認めなかつたから、古記は同條の下功傳_レ子を説いて女子不入_レ子之例也とした。しかし、古記は次いで今行事女子亦傳といひ、法文に拘らず、當時の慣習で女子にも傳へることを述べてゐる。すなはち女子の功田相續は養老令の施行に先だち、慣習として行はれてゐたことがわかる。養老令によつて女子は父の功田を相續することはできたが、更にこれをその子または夫に譲渡することはできなかつた。田令功田の條の穴説は、父の功田を相續した女子が死亡したときには、其分與_ニ女子之子_ニ哉、又若無_レ子者、與_ニ其夫_ニ哉といふ間に答へて、不_レ及_ニ女子之子並夫_ニ也、死日即須_レ授_ニ其兄弟及姊妹_ニ、若無者還_レ公耳といつてゐる。また釋説も同様に、大功世世不_レ絶者、可_レ與_ニ女子一身_ニ、女子之子不_レ可_レ授之、爲_ニ異姓_ニ故といつてゐる。功田の相續につい

て見るところは功封にも通することであらう。

功田功封の相續を男子と同じく女子に認めたことは養老令の特徴である。法文はただ其功田功封唯入_ニ男女_ニとあるにすぎないが、義解その他の學説は更にこれを均分すべきものと解し、義解は不_レ依_ニ財物之法_ニ、男女嫡庶、並皆均分也といつてゐる。その理由を審らかにしないが、諸子の間で嫡庶の別を論じないところでは均分を原則とし、大寶令で遺産の半分を庶子の間に分つときに均分であり、應分の條の義解にも於_ニ其母_ニ者無_ニ嫡庶之名_ニ、分_ニ其財物_ニ者、當_レ從_ニ均分之法_ニ也といひ、母の財産を子の間に分つときにも、嫡庶の別がないから均分の法に従ふべきであるといつてゐる。

功田功封はもとより勳功によつて給はるものであるから、その恩典に浴するものは少く、從つてこれを相續するものも極めて狭い範圍の人に限られてゐた。功田は六位以下のものでこれを給はる例は史上に散見するが、功封を給はるのは五位以上に限られてゐた。(二)

養老令では氏賤・功田・功封を除いた殘餘の財産を配分して、嫡母・繼母・嫡子に各二分、庶子に一分を與へ、妾には女子と同じ相續分を與へるといふのが本文である。

嫡母・繼母は嫡子の嫡母・繼母で、義解その他の解釋は

養母の分法もこれに准ずるものとしてゐる。嫡母・繼母は義解に異母之男女所稱といひ、喪葬令服紀の條の古記は嫡母を妾之男女、謂父嫡妻爲嫡母、俗云麻麻母也と説いてゐる。すなはち應分の條では、嫡母は妾の子が嫡子となつたとき父の嫡妻を稱し、繼母は前妻の子である嫡子が父の後妻を稱する言葉である。従つて被相続人たる財主が死亡し、遺産相續の開始するとき、嫡子の實母である父の嫡妻が生存してをれば、養母・嫡母・繼母はないわけであり、その實母が死亡してをれば、その中の一人がをるといふことになるのである。しかし、應分の條が嫡母・繼母・養母、妾にまで相續權を與へながら、父の嫡妻たる實母にこれを與へなかつたのは、どういふ理由か了解に苦しむところである。

中田博士は、應分の條の古記の間、父亡母在分不、答、同母者不異財、故不可分、若有異母兄弟應分、雖嫡母亦應分也といふ文を引き、母子同財の原則は實母との間にのみ行はるるもので、異母の場合には行はれないとし、(三)嫡子の實母は母子同財の原則によつて十分に嫡子の扶養を受け、生活難を免れ得るが、嫡母・繼母・養母は必ずしもこれを期待するを得ないので、令は實母に與へない相續權を嫡母或は繼母或は養母に與へて、その生活を保證

しようとしたのであらうといふ。それで一應の説明はつくが、博士もみづから疑はるる如く、應分の條の規定では、嫡子の實母が何等の相續分を受けざるに拘らず、妾はその子が嫡子となつても女子と同じ相續分を受け、妾は妻よりも優遇さるることになるのは不審といはざるを得ない。また嫡子には嫡母繼母であつても庶子には實母といふ場合もあるわけである。さういふ庶子は、庶子として一分の相續分を受けて、母子同財の原則により嫡母または繼母の二分を併せることになるが、嫡子に實母のある場合には、二分の相續分だけで母を養ひ、嫡子として公私の責任義務を負担しなければならぬので、庶子との間に著しく均衡を失する觀がある。殊に大寶令で宅家人奴婢の全部と資財の半分を取得した嫡子の相續權を、養老令によつて全遺産の二分に刪滅したことになるのであるが、これを實施しようとしたならば、嫡子と庶子との間に軋轢を生じ、家族制度の混亂を生ずるやうになることも考へらるるのである。

これ等の不合理を除くためには、實母に應分の條の規定以外の財産收入を認めなければならぬであらう。前節注(三)に挙げたやうな家産が認められ、それが嫡子および嫡子の實母の管理に入るものとすれば、この種の不合理を緩和することができるやうに思はれる。

妾については本注に女子の分に同じとあるが、女子の相續分については姑姉妹在室者各減男之半とあるだけで、未婚の女子には男（庶子）の半を與へたが、既婚の女子には既述の理由で相續分を全く認めなかつたのである。しかも、姑姉妹云々の句は、兄弟俱亡則諸子均分の後を承けてゐるから、集解の諸家は解釋を異にし、一説は姑は嫡子の姉妹で、兄弟の間に遺産を分配するとき兄弟（庶子）の半分を承け、姉妹は諸子（兄弟の子、財主の孫）の姉妹で、兄弟が悉く死し、諸子の間に遺産を均分するとき、諸子の半分を承くるものと解釋し、一説は諸子が均分するとき、その姑姉妹が諸子の半分を承くるものと解釋して、兩說對立し、義解は後説を採つたが、學者の中にはなほ前説を支持するものがあつた。従つて義解に従へば、財主の女子は兄弟の嫡庶子が遺産を分配するとき、これにあづかるを得ないで、嫡庶子が悉く死亡し、諸子が祖父の遺産を均分するときまで未婚であれば、諸子の半分を承くるといふことになるのである。女子が父の遺産の分配にあづかるを得なければ、妾同女子之分とする妾の相續權もなくなるので、法文自體が矛盾を包藏することになるのである。平安末期の著作だが、法曹至要抄が戸令應分の條を引き、その分法を嫡母・繼母及嫡子各二分、庶子一分、女子減男子

之半としたのは、本文に忠實な引用法でないが、義解に斥けられた前説を採り、法文の缺陷を補ひ、女子の相續分を明らかにしたものと見られる。(四)

妻が結婚によつて實家から夫家へもつて來た財産は、戸令棄妻の條に其所_レ實見在之財といひ、同應分の條に妻家所得と稱するものである。夫が一方的に妻を離婚するときには、その現在の状態において還すべきことは、棄妻の條の規定するところで、古記・釋說・義解、皆この規定は妾の場合にも適用すべきものとしてゐる。還すのは結婚の際妻がもつて來た全財産でなく、離婚當時その現在するものを還すのであるから、嫁資の一部としてもつて來た婢が、その主の婚姻生活の間、主家にあつて生んだ子は、離婚によつて還さねばならないことは、棄妻の條の法文の明示するところである。また穴説は、婚姻生活の間に、その財産が夫婦同財の原則で夫の管理に屬し、夫の財産と「混合」したものは、法文にいふ所_レ實見在之財でないから、還さないでもよいといふ解釋を下してゐる。

この種の財産は、應分の條は遺産の分配のときに控除するものとした。たゞ唐令は妻の死後も妻家はその返還を要求し得ないものとしたが、大寶令は妻家所得奴婢不在二分限（還_ニ於本宗）といひ、これを本宗（妻家）に還さしむ

ることにした。法文は奴婢だけを擧ぐるにすぎないが、この條を説く古記は、自妻父母家ニ將來婢、有子亦還、不入ニ夫家奴婢之例、財物亦同 といひ、一般の財物も奴婢と同じく本宗に還さなければならなかつたのである。本宗に還すといつても、古記によれば、妻は夫の死後もこれを所有し、子があれば子に傳へ、子がないときに本宗に還すのである。

養老令は大寶令の奴婢の二字と本注とを刪除して、ただ妻家所得不_レ在_二分限_一としたから、妻家所得の歸屬について學者の議論を生じた。朱説は夫妻同財の義によつて妻が死亡すればその子がこれを傳へ、子が無ければ夫がこれを傳へ、妻の祖家には還すべからずとしてゐる。しかし、これは妻の子と繼父（夫の父）のある場合のことで、妻が死亡して子がなく、また繼父もないときには、これを繼父の子に與ふるか、それとも妻の祖家に還すかといふ問を起して答を求めたが、その答解は缺けてゐる。また釋説は、夫妻ともに死亡し、男女の子もまたないときには、妻家所得の財物は誰人にも與へず、死者の功德を營むために用ふることを説いてゐる。しかし、同説に對して、このとき妻の祖父があれば祖家に還すべしとする私案が加へられてゐる。要するに、養老令の註釋家は、大寶令の本宗に還す精

神を採らず、唐令に従つて妻家に還さない解釋を採つたが、なほ學者の中には、大寶令の精神を全く棄て得なかつた不安があつたやうである。

應分の條は、以上述べるところを遺産相續の第一次の規定として、次に相續の開始に先だち死亡した兄弟の相續分の規定を設けて、兄弟亡者、子承_二父分_一、兄弟俱亡、則諸子均分といふ。この規定は唐令の規定を大寶令・養老令が襲用したもので、本注の有無異同の別はあるが、本文は三令を通じて全く同一である。すなはち相續の開始に先だつて死亡した兄弟の相續分は各その子がこれを承け、嫡子が死亡すればその子の嫡孫が嫡子の相續分を承け、庶子が死亡すればその子が庶子の相續分を承けるのであるが、兄弟が悉く死亡したときには、嫡子の子たると庶子の子たるとを問はず、諸子の間に均分するといふのである。法文は死亡の兄弟についていふので、姉妹の子はこの限りでなく、兄弟の子については、釋説は男子女子に通ずるものとするが、下文に寡妻妾無_レ男者承_二夫分_一といひ、明らかに男子についていつてゐるので、女子を除く義解・朱説が妥當とみなされる。義解によれば、この場合、父（兄弟）の妻妾があれば、子はその相續分を第一次の規定によつて相續するが、於_レ法、母子無_二異財之理_一、即分得之後、各當_二同財_一

といひ、母子同財の原則に従ふことになる。

養老令の姑姉妹在_レ室者、各減_二男子之半_一といふ規定は、唐令の其未_レ娶_レ妻者別與_二聘財_一、姑姉妹在_レ室者減_二男聘財之半_一に基づき、大寶令は全部これを削除し、養老令に至つてその一部を取つて加へたのである。そして唐令では、一般の遺産の配分のほかに、特に未婚の男女のために聘財としての相續分を定めたのであるが、養老令ではこれを單に未婚の女子の相續分を定むる規定としたのである。しかも、釋説は、既述の如く、これを解して兄弟の姉妹は兄弟の半を減じ、諸子の姉妹は諸子の半を減ずるものとしたが、義解はこれを諸子均分といふ句にかけて、姑姉妹は各諸子の半を得るものと解した。いづれにしても女子の相續分は嫁資に充てるものであるから、本注は既婚の女子でも未だ分財を得ないものは男子の半を得べきものとした。従つて結婚して既に分財を経たものは、離婚その他の事情で實家に還つて來ても再び分財にあづかるを得ないものとされた。

大寶令は唐令の聘財の項を全く削除したから、女子は全く遺産相續權がなくなつてしまつた。古記は女子は結婚のとき嫁装に多大の經費を要したことをその理由としてゐるが、それならば未婚の女子の遺産相續にあづかり嫁装に備

へる必要を認めなければならぬ。それで、法文によつて女子に分法無しとする古記も、未_二出嫁_一在_レ室女、不_レ合_レ無_レ分、宜_レ依_二新選_一與_二男子之半_一以充_中嫁装_上、出嫁還來、更不_レ合_レ分也といつてゐる。こゝに新選といふのは養老令であらうから、古記の著者は養老令の施行を待たず、その規定によつて大寶令の缺陷を補ひ、女子の相續權を認めんとしたのである。

寡妻妾無_レ男者の項も唐令・大寶令・養老令を通じて、字句に多少の異同はあつても、その主旨において大差のないことは、法文の比較によつて明瞭である。たゞ養老令において大寶令にないところの妾を加へて妻と同じく遺産の分配にあづからしめたことと、同じく大寶令にないところの女分同_レ上といふ句を加へたことは、特に注意を要することである。

第一次の遺産分配法に擧ぐる嫡母・繼母・妾は夫の死後寡居するものであるから、彼等も事實上寡妻妾である。すなはち義解に文云_二嫡母繼母各二分_一、謂、家長之妻、夫亡寡居者也といつてゐる。こゝに特に寡妻妾といふのは、義解にいふやうに兄弟の妻妾の寡居するもので、その夫たる兄弟が死亡したときには、寡妻妾に男子があれば、その男子が父の相續分を承けるのであるが、男子のないときに

は、寡妻妾が自ら夫の相續分を承けるといふのがその規定である。法文によれば、嫡子の子は嫡子の分を承け、庶子の子は庶子の分を承けるやうに解せらるるが、古記は嫡子之長子、雖未得嫡孫之名、猶承嫡子之分、但無嫡子、直有庶子者、同庶子之子、承庶子之分」といひ、嫡子の子でも家の相續人とならず庶子であれば、庶子の子と同じく庶子の分を承くるのである。また同じく古記によれば、嫡子が男子なくして死亡したときにも、嫡子の妻は嫡子の分を承けるのでなく、庶子の分を承けるのであるから、この點は、嫡子の妻も庶子の妻も異なるところはない。朱説もこれを説いて、問、嫡子之妻妾、得夫分二分哉、答、同上下子承父分之義耳、不合得也、二分爲繼門人所得故、其家遂合无立嫡子者、依均分之法也」といつてゐる。すなはち、法文の男子のない寡妻妾が男子に代位して承ける夫の分といふのは、嫡子の妻たると庶子の妻たるとを問はず、庶子の分である。

寡妻妾の項下の女分同上といふ本注は大寶令になく、養老令の新に加へたものであるが、「女」は死亡した父の女子としても、同上といふ「上」は何をさしていつたのか、法文だけでは明らかでない。しかし、これを説く物説によれば、父が男子も寡妻妾もなく、ただ女子だけを遺して死

亡したときには、女子が亡父の分を承けることを規定したものである。さうすれば女分同上は、女子の相續分は寡妻妾が庶子の分を承くると同じといふ意味に解せられ、讚説の全與二分といふのと一致するやうに思ふ。しかし、物説は依无格^(先九)與二分といひ、女子の數に拘らず、庶子の半を承けるものとし、女子が一人であれば半分を全く與へ、もし女子が十人あれば十人でその半分を均分するものとしてゐる。物説の引用する先格なるものは明かでなく、物説に對する異説もあつて、「同上」の意味は審かにするを得ない。

次に本注の若夫兄弟皆亡、各同子之分は、兄弟悉く死亡し、諸子均分するときには、寡妻妾は男子の有無を問はず、一子の分を得ることをいふのである。法文は各同一子之分とあるのであるから、妻妾の間に差別をしないのが當然と思はるるが、妻妾を同等とすることを不當とする思想もあつて、寡妻には一男の分を與へ、寡妾には一女の分を與へんとする解釋があつた。これによれば、寡妻は一分、寡妾は半分を承くることになるのである。

妻が夫の死亡後、その家にあつて志を守るとは、道德的に要請せられたことで、再婚(改嫁)は法律で禁ぜられたわけではない。ただ一年の服喪期間に再婚することは禁

ぜられ、これを犯すものは徒二年の刑に處し、その結婚を無効とすることは戸婚律の定むるところである。

その場合、夫の在世中、妻が夫からもらつた財産の處分について、學者の間に異論があつた。古記は律によつて罪は科するが物は奪ふべからずとして、別に服喪期間中再婚したものはこれを奪ひ、その期間の經過後の再婚には奪ふべからずとする一説を擧げてゐる。しかし、釋説も、この場合、律によつて罪は科するが、その財は追はずとし、古記の見解を採つてゐる。すなはち古記・釋説ともに律に規定のないかぎり、妻の犯行を罰するにとどめ、遡つて亡夫生前の意思を推定し、これによつて亡夫の讓渡を取消さうとしなかつたのである。

しかし、遺産の分配にあづかる妻は、夫の家に寡居するものでなければならぬから、遺産分配の開始以前に再婚したるものはその相續權を失ふことになる。義解はこれを委しく説き、嫡母・繼母も若未_レ分之前、改嫁適_レ他者、不_レ可_レ得_レ財とし、除服の後に再婚したるものに對しても、服闋改適、雖_レ無_レ罪條、於_レ夫義已絶、豈得_レ更稱_レ妻といつて相續權を認めず、寡妻妾無_レ男者云々の項、若夫兄弟皆亡云々の項においても、自_レ非_レ寡居守_レ志、並皆不_レ可_レ承_レ分と斷言してゐる。

しかし、寡婦として遺産の分配を受けて後再婚したときには、その財産はどうなるであらうか。義解は前述の如く寡婦の再婚したものに相續權のないことを力説してゐるのであるが、また再婚した婦人の、前夫の遺産について説くところがあり、穴説にもこれを説いてゐるから、亡夫の遺産の分配を受けた後には、再婚してもそれを所有することは認められてゐたやうに思はれる。

義解は、嫡妻有_レ子、共承_レ分之後、其母改嫁、即賣_レ己及子財、適_レ後夫家、其後母亡、所有財物、須_レ入_レ何人といふ問を設けて、令有_レ妻承_レ夫財_レ之文、而無_レ夫得_レ妻物_レ之法、即須_レ與_レ其子、不_レ可_レ入_レ夫と答へてゐる。すなはち妻が子とともに亡夫の遺産の分配を受けて再婚し、後夫の家で死亡したときには、その財産は後夫に入らず、子に歸するものとするのである。

穴説は、未_レ知、母及女子並二人、女子嫁、受_レ財從_レ夫、母後嫁與_レ夫同居、母亡以後、何處分といふ問を設け、これに答へて、所在之家、已是前夫家、今已有_レ女子、然女子全得_レ耳、其後夫是无_レ親之日得_レ耳、有_レ女子者、不_レ合_レ得也、…(今後夫時所業加物者、與_レ後夫_レ耳)といつてゐる。この場合、妻は(前)夫の死亡後、一人の女子を嫁に出し、その家にあつて後夫を迎へ再婚したのであるが、その

死亡したときに、妻の財産は出嫁した女子に歸するのであつて、後夫は、今説によつて婚姻生活の間にその力によつて増加した財産を取得することはできても、妻の財産はこれを受くべき親族のあるかぎり、取得することはできないのである。これに對して、母改嫁、分取奴婢雜物、從夫貫、已去本家、母於後夫家死者、隨身雜物、合入後夫、爲下自非因義絶出無還見在財之文と故といふ私案が加へられ、今説同之としてゐる。前説は再婚者が前夫の家にあつて後夫を迎へた場合であるが、私案は再婚者が前夫の遺産の奴婢財物を受け、後夫の家に移り住んで死亡した場合、その財物は後夫の所有に歸することを説いたものである。故に、この兩説を綜合すれば、再婚の婦人が前夫の家に住むか後夫の家に住むかによつて、その遺産が後夫に歸するか子に歸するかが決定されることになるのである。

戸令應分の條の遺産分配の規定は父の遺産に關するもので、母の遺産の分配については律令に規定がない。これを説くものは父の遺産と異なり、嫡庶の別なく均分すべきこととしてゐる。すなはち義解は前引の文に次いで、其於母者、無嫡庶之名、分其財物者、當從均分之法也といひ、穴説も前引の文に次いで、問、母財物處分於嫡子并

女子及孫之事、放父財物哉、爲當以不、答、母財分法、嫡庶無別也といつてゐる。これによつて見れば、母の遺産の分配は均分主義で、嫡庶および男女の別がなかつたわけである。

(一) 中田薫、法制史論集第一卷(養老戸令應分條の研究) 四六頁

(二) 令集解、祿令功封の條參照

(三) 母は正子に對してのみ處分の遺言をすることができるといふ説がある。集解應分の條嫡母繼母の項、讚博士云、嫡母繼母不得遺言、(今説依此)、私問、嫡繼母得處分遺言等哉、答、與親母相似者、明任處分耳、今説不依之、但於己正子得左右也、但於他妻之子及傍妾等不令、(四) 法曹至要抄卷下、處分條

(昭和二七、一〇、七)